

2011年教育部人文社会科学研究规划基金项目资助（11YJA820073）

新疆大学“211工程”优秀学术著作出版基金资助出版

新疆稳定与地区经济发展法制保障研究基地资助出版

# 知识产权战略视野下 新疆传统知识法律保护研究

Zhishi Chanquan Zhanlüe Shiye Xia

Xinjiang Chuantong Zhishi Falü Baohu Yanjiu

王芳 © 著



兰州大学出版社

# 前 言

新疆现如今仍然是欠发达、欠开发省份。2010年第一次中央新疆工作会议和2014年的第二次中央新疆工作座谈会召开,会议强调若要改变新疆的这种落后面貌,实现新疆经济的跨越式发展和新疆社会的长治久安,就必须紧密结合新疆的现实区情,找准新疆的比较优势。我们知道,新疆百年来积淀下来的丰富的传统知识,正是其与发达地区相比较的优势所在。因此,要保护好新疆的传统知识并将其充分运用,为新疆的跨越式发展提供原动力。

新疆的历史悠久、文化灿烂,各民族语言、文字、歌舞、服饰、体育、风情、工艺、建筑交相辉映,形成了丰富的少数民族传统知识,包括传统表演艺术、传统手工技能等。传统表演艺术,如维吾尔族古典音乐《十二木卡姆》、哈萨克族的阿肯弹唱、回族的花儿等;传统手工艺技能,如维吾尔族的手工制陶、土法缂丝以及民居建筑技艺,哈萨克族的毡房制作技艺、刺绣,维吾尔医药等。

但是,目前国内在传统知识的开发、利用、保护等方面存在缺失,对于与传统知识相关的各种知识产权问题的研究,仍然处于空白状态。在我国,大量的传统知识遭到严重破坏,甚至由于传承人的逝去而濒于消亡,大量珍贵实物与数据遭到毁弃,一些民族古老传统的手工艺、原汁原味的民间舞蹈和民歌离我们远去。比如,维吾尔木卡姆作为新疆传统文化的象征,其地位和声誉越来越高,但已确认的新疆维吾尔木卡姆传承人仅有不到50人,且大都年过六旬,因而国家迫切需要加强对维吾尔木卡姆的传承和保护。目前,许多传统知识由于无法通过现代科学技术对其进行解释,导致大众对传统知识的价值缺乏真正的理解。传统知识被现代文明社会贬损和歪曲。随着经济的高速发展以及西方文化的渗透,现代生活方式也正在进一步冲击着传统知识。因此,保护传统知识已刻不容缓。

纵观国际组织和其他国家对传统知识保护的研究,对民间文学艺术表达的保护率先引起了人们的注意。就国际组织而言:2000年,WIPO组织成立了知识

产权和遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会,自2001年4月至5月间召开第一次会议以来,该组织已召开8次会议,主要商讨和研究传统知识的保护问题。会议所产生的文件《专利制度对传统知识的承认》《传统知识保护的政策目标及核心原则》表明国际社会就传统知识保护与知识产权保护等现实问题达成共识并形成有效的国际性文件。1992年,CBD正式出炉,确立了遗传资源主权和利用遗传资源的事先知情同意、利益分享等重要原则和制度。国际粮农组织(FAO)对传统知识的保护是从粮食等农业植物资源的保护角度介入的,其所保护的传统知识也并不会超出粮农植物遗传资源的范围,但是其为保护传统社区和传统部族的权利和利益做出了贡献。FAO引入了“农民权”的概念,农民权制度成为保护该领域传统知识的基本原则之一。WTO和其TRIPS理事会作为以欧美现代知识产权制度为指导和依归的全球贸易机构,在传统知识保护中的态度较为消极。2001年,WTO部长会议在多哈宣言中确定TRIPS理事会审查其与TRIPS之间的关系,研究传统知识与民间文学艺术的保护问题,从而传统知识的保护问题由此列入了WTO的工作日程。

就其他国家而言:1997年,菲律宾通过了《原住民权利法》,该法为其传统知识的保护奠定了基础。菲律宾已初步形成了保护传统知识的法律体系,传统知识已经被纳入法律保护的范围。2000年8月,秘鲁颁布了《原住民群体知识保护条例》,这是由秘鲁保护竞争和知识产权协会推出的保护传统部族群体性知识的法律,该法被认为是特别保护传统知识持有人权利的专门法。发展中国家关于传统知识的权利归属和基于传统知识所获得的利益分享机制显现出十分明显的个性。

中国对传统知识的关注开始于20世纪90年代,并在近几年形成了一个研究热潮。非政府组织和学者们对该领域进行了初步的调研和理论研究,政府相关部门也进行了一些立法探索。1995年,云南省生物多样性和传统知识研究会成立,该组织致力于生物多样性保护、社区生计发展以及在社区和流域水平资源管理方面的传统知识记录和技术创新。2004年开始,贵州省知识产权局相继组织开展了黔东南州传统中医药的普查。2006年2月,贵州省传统知识的知识产权保护立法调研工作正式启动。

在学术研究上,唐广良先生的《遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述》(2002年)和李顺德先生的《对传统知识、民间文学艺术、生物多样性等知识产权保护问题的探讨》(2002年)、孙祥壮法官的《传统知识的世界保护

及对我国的启示》(2003年)以及龚卫、黄保勇的《遗传资源、传统知识与民间文学保护研究的新进展》(2006年),对广义传统知识的国际研究、国外立法状况以及我国立法现状进行了较为详细的分析。严永和博士在《论传统知识的知识产权保护》(2006年)中,从人权、文化多样性保护以及经济学的角度,对狭义传统知识法律保护的正当性进行了论证,他认为可以通过修改知识产权制度或通过建立专门的规则对传统知识进行保护。丁丽瑛的《传统知识保护的权利设计与制度构建——以知识产权为中心》(2009年)一书,对传统知识的知识产权保护的体系进行了系统设计,值得我们研究、借鉴。

传统知识不断增长的重要性,以及不断消亡的文化和生物多样性,引起了我国的高度关注。在我国,国务院办公厅于2005年1月正式发文成立了国家知识产权战略制定工作领导小组,于2008年6月5日发布《国家知识产权战略纲要》。该纲要首次将传统知识作为我国知识产权战略中的一项内容,纳入了国家知识产权战略的范畴,这一系列行为体现出国家对传统知识的高度重视。新疆在国家知识产权战略的基础上,于2009年11月出台了《新疆知识产权战略纲要》,在该纲要中明确提出要保护新疆地方传统知识,这为自治区传统知识的保护和发展带来了机遇。本课题正是在这一背景下,通过对新疆传统知识保护的现状以及存在的问题进行大量的实证分析,并借鉴国内外成功经验,构建传统知识的保护体系,为帮助新疆最大限度地实现传统知识的知识产权利益而服务。

在理论研究上,课题组意在从知识产权战略保护视角下传统知识的概念、范围做进一步梳理,对传统知识产权保护的双重作用以及其正当性和可行性做进一步分析论证。同时,借鉴了国内外研究理论,结合新疆实际区情,在此基础上实现新疆传统知识的知识产权战略目标和制度设想,从而进一步丰富现有的研究理论,深化法学研究,最终使传统知识的知识产权保护获得理论支持和制度依据,充分实现传统部族在其传统知识上的知识产权利益,促进新疆经济、社会和文化的跨越式发展。

# 目 录

<b>第一章</b>	<b>知识产权战略视野下新疆传统知识立法与实践</b> .....	001
一、	传统知识与知识产权 .....	001
(一)	知识产权语境下传统知识的内涵界定 .....	002
(二)	传统知识与知识产权制度的关系分析 .....	006
(三)	运用知识产权保护传统知识的正当性与可行性分析 .....	011
二、	国内外传统知识法律保护的探索与实践 .....	016
(一)	国外传统知识法律保护的立法实践 .....	016
(二)	我国传统知识法律保护的立法实践与司法实践 .....	020
(三)	国内外传统知识法律保护评析以及对新疆的启示 .....	023
三、	新疆传统知识法律保护的现状及面临的困境 .....	025
(一)	新疆传统知识法律保护的现状 .....	025
(二)	新疆传统知识法律保护面临的困境 .....	032
四、	新疆传统知识法律保护的战略目标和制度设想 .....	035
(一)	新疆传统知识法律保护的战略目标 .....	035
(二)	知识产权视野下新疆传统知识法律保护的制度设想 .....	037
<b>第二章</b>	<b>新疆民间文学艺术的知识产权法律保护研究</b> .....	045
一、	知识产权理论与民间文学艺术法律保护的契合 .....	045
(一)	民间文学艺术丰富内涵的法理考量 .....	045
(二)	民间文学艺术的知识产权定位 .....	050
(三)	国际社会知识产权法保护的主要模式 .....	053
二、	新疆民间文学艺术知识产权法保护现状 .....	058
(一)	我国民间文学艺术的法律保护现状 .....	058
(二)	新疆民间文学艺术的法律保护现状 .....	059
(三)	新疆民间文学艺术典型案例评述 .....	064
三、	新疆民间文学艺术知识产权保护存在的问题及分析 .....	065

(一)新疆地方立法保护的不足 .....	066
(二)新疆民间文学艺术司法救济反映出的问题 .....	068
四、新疆民间文学艺术知识产权法律保护的具体对策 .....	070
(一)完善新疆民间文学艺术知识产权的地方立法建议 .....	070
(二)改善法律保护与法律救济效果的两个方面 .....	076
<b>第三章 新疆少数民族传统医药的知识产权法律保护研究 .....</b>	<b>082</b>
一、传统医药的知识产权保护 .....	082
(一)传统医药概述 .....	082
(二)国外对传统医药知识产权的立法保护模式 .....	084
(三)我国对传统医药知识产权的法律保护 .....	087
二、新疆少数民族传统医药的知识产权法律保护 .....	089
(一)新疆少数民族传统医药知识产权法律保护现状 .....	089
(二)新疆少数民族传统医药知识产权法律保护中的难题 .....	095
三、新疆少数民族传统医药的知识产权法律保护途径 .....	102
(一)加大知识产权法对少数民族传统医药的保护力度 .....	102
(二)新疆少数民族传统医药知识产权的特殊保护 .....	114
<b>第四章 新疆手工技艺知识产权法律保护研究 .....</b>	<b>120</b>
一、传统手工技艺的保护综述 .....	120
(一)传统手工技艺的概述 .....	120
(二)国外对传统手工技艺的立法保护 .....	128
(三)我国对传统手工技艺的法律保护 .....	133
二、新疆传统手工技艺的调查分析 .....	136
(一)新疆传统手工技艺的现状调查 .....	137
(二)新疆传统手工技艺保护的调查结论 .....	141
三、新疆传统手工技艺法律保护的困境 .....	145
(一)新疆传统手工技艺的保护与现有知识产权制度不兼容 .....	145
(二)新疆地方立法保护的不足 .....	147
四、新疆传统手工技艺法律保护的完善建议 .....	148
(一)知识产权法律保护方面的完善 .....	149
(二)完善新疆传统手工技艺地方立法的建议 .....	154
<b>第五章 新疆地理标志的知识产权法律保护研究 .....</b>	<b>157</b>
一、地理标志概述及保护模式 .....	157
(一)地理标志概述 .....	157

(二)地理标志的法律属性 .....	161
(三)地理标志保护模式 .....	165
二、新疆地理标志法律保护概况 .....	172
(一)新疆地理标志的保护现状 .....	172
(二)新疆“哈密瓜”的双重保护模式 .....	178
(三)实施品牌战略对新疆地理标志保护的意义 .....	180
三、新疆地理标志法律保护存在的问题 .....	182
(一)立法保护上存在的问题 .....	182
(二)地理标志使用管理中存在的问题 .....	182
四、完善新疆地理标志的法律保护的构想 .....	183
(一)对国外地理标志保护模式的借鉴 .....	183
(二)加强地方立法,推进国家立法 .....	184
(三)理顺新疆地理标志的认定程序,建立专门保护机构 .....	185
(四)加强行业协会在保护地理标志方面的作用 .....	186
(五)提高地理标志保护法律意识 .....	188
参考文献 .....	191
中文著作 .....	191
期刊文献 .....	193
中文译著 .....	194
网站类 .....	194
后 记 .....	196

# 第一章

## 知识产权战略视野下新疆传统知识立法与实践

### 一、传统知识与知识产权

“传统知识”这一概念的提出,起源于1992年6月在巴西的里约热内卢召开的联合国环境与发展大会上签署的《生物多样性公约》(以下简称CBD公约)。该公约第8条(j)款并未直接使用传统知识这一术语,而是将其描述为“土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法”。尽管CBD公约首先提到了传统知识,但是我们认为它对传统知识的概念的界定还是比较模糊和宽泛的。CBD公约的直接保护对象并不是传统知识,因此其对传统知识的保护是间接的,但是该公约却为后来传统知识概念的界定奠定了基础。世界知识产权组织(以下简称WIPO)在相关文件中对传统知识的概念也做出了界定。传统知识是指基于传统之上的文学、艺术或者科学著作、表演、发明、科学发现、设计、商标、名称和符号,未被透露的信息和其他一些在工业、科学、文学或艺术领域,由智力活动产生的基于传统之上的创新和创造。<sup>[1]</sup>这一概念是从知识产权的角度定义传统知识的。

不同的学者对传统知识的概念做出了不同的界定。比如,国际著名的知识产权专家Calos M. Correa先生认为,传统知识包括为医药和农业使用的生物或其他材料的信息,生产方法、设计、文学、音乐、宗教仪式和其他技术和工艺。这一宽泛的内容也包括功能和美学性质的信息,即所有可以用于农业或工业的方法和产品以及无形的文化价值等。<sup>[2]</sup>美国人类学家约翰逊认为,传统知识是一个用于形容某一群体通过世代代在生活中同自然界密切接触,而建立的一套

[1]WIPO使用术语。

[2][阿根廷]Carlos M. Correa:《传统知识与知识产权——与传统知识有关的问题和意见》,国家知识产权局条法司中译本,日内瓦Quaker联合国办公室,2001年版,第2页。



知识的术语。这套知识包括一个分类系统,一套关于本地自然界的经验观察结果以及管理资源使用的自我管理制度。<sup>[1]</sup>我国学者崔国斌教授认为:“传统知识是指特定的文化社区(部族、民族、国家等)的个人或者群体在长期历史过程中所创造和积累的各种技术知识”。<sup>[2]</sup>郑成思教授认为:“传统知识可以分为三个类别,分别是民间文学艺术表达、传统科技知识、传统标记。其中,传统科技知识包括传统农业知识、传统医药知识、传统生态知识和传统生活知识;传统标记包括传统名称、符号和地理标志。”<sup>[3]</sup>严永和教授认为:“传统知识是‘传统部族’在其漫长的历史过程中所创造的知识、技术、诀窍的总和,其是与遗传资源、民间文学艺术相并列的概念。”<sup>[4]</sup>

上述有关传统知识概念的界定,在一定程度上体现了传统知识的共性,即土著社区基于传统生活方式而形成的知识、方法、经验的总和。但是,这些界定仍然存在诸多不尽人意之处,比如对传统知识的概念定位不准确,或者概念涵盖内容不全面,或者没有清晰、科学地描述传统知识的本质属性。但最为重要的是,以上概念对传统知识的范围界定存在较大的争议。有观点认为,传统知识既包括技术性的传统知识,也包括非技术性的民间文学艺术和传统识别性标志,比如郑成思教授;也有学者认为,传统知识仅仅包括技术性传统知识,比如严永和教授。这些分歧使得我们在研究传统知识时有了一定障碍。但是,鉴于理论界关于传统知识还没有形成一个统一并准确的定义,而且不同的社会环境和政策因素也使得要形成统一的概念有一定的困难,因此我们认为在理论探讨阶段,学者可以根据自己研究的需要,在不违背传统知识基本属性的基础上设计自己的定义。

## (一)知识产权语境下传统知识的内涵界定

### 1. 知识产权语境下传统知识的概念界定

从以上国际组织和国内外学者对传统知识概念的界定可见,目前关于传统

---

[1]张辰:《论民间文学艺术的法律保护》,载《知识产权文丛(第八卷)》,中国方正出版社2002年版,第95页。

[2]崔国斌:《中国知识产权热点评论》, <http://www.lawyerwu.com/data/2005/0811/article-1026.htm>.

[3]郑成思:《知识产权文丛(第十三卷)》,中国方正出版社2006年版,第4页。

[4]严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社2006年版,第17-18页。

知识的概念存在较大争议,研究的视角也各不相同。即使在同一研究视角下,关于传统知识的范围界定也存在广义和狭义之分。广义的传统知识包括技术性的传统知识和非技术性的民间文学艺术和传统识别性标志,而狭义的传统知识则只包括技术性的传统知识。本书对传统知识的概念界定则是立足于知识产权视野下传统知识法律保护的需要进行的。因此,课题组在大量查阅国内外关于传统知识的相关资料后,经过分析认为要在知识产权语境下界定传统知识,需要从两个方面着手:一方面是对传统知识的定义必须要在知识产权的视野下进行定位;另一方面是在知识产权语境下,我们是采用广义的传统知识概念还是狭义的传统知识概念。

我们认为,知识产权语境下的传统知识和已有的“传统知识”术语或类似术语的概念界定相比,有以下几点区别:

第一,知识产权语境下的传统知识要满足知识产权法所规定的“知识”的特征。首先,知识产权法保护的对象是人类的智力劳动成果,而智力劳动成果的内核是作为精神财富的知识,并且该知识还必须具有一定的独创性。其次,这种具有独创性的智力劳动成果必须要以某种有形的形式表达出来,即知识作为一种形式不具有实体性,但是它必须依赖于一定的载体为存在条件,只有以物质为载体的可感知的存在形式,才是我们所说的知识。<sup>[1]</sup>这样,知识产权语境下的传统知识就可以和那些不以知识形式存在的内容,比如精神信仰、遗传资源、基因物质、历史遗迹等相区别,从而避免将传统知识做过于宽泛的理解,同时也加大了知识产权保护的可能性。

第二,知识产权语境下的传统知识是动态的活知识,它从产生到发展始终处于不断调试与创新中,并且不断改变自己的内容与形态。传统知识由于是基于传统、世代相传的,所以往往没有明确的起点;也由于传统知识至今仍处在不断地革新与创造之中,因此传统知识也没有终点。这说明传统知识本身并不是僵化的,而是不断处于自我发展和完善之中,它属于可以无限发展下去的动态的知识。换言之,“传统知识并不只是靠死记硬背学习而一代代传下去,而是不断地确认、适应和创造在一般情况下应承认以私人利益为保护对象的传统知识,它伴随着社会环境和自然环境的变化而不断改变其形式和内容”,是至今依然在其社群生活中起重要作用的可交易的、有益于人类或自然发展的知识。

[1]刘春田:《知识产权法》,中国人民大学出版社2002年版,第13页。

第三,知识产权语境下的传统知识指的是已经公开的传统知识,这里的公开指的是相对公开。对于特定的群体而言,传统知识与特定群体的生活自然相伴,没有刻意的保密制度与措施。但是这仅仅是对特定的群体而言,对于其他群体而言,此类知识仍然是神秘的、不公开的。根据是否具有公开性,可把传统知识划分为已公开的传统知识和未公开的传统知识,亦即公有领域的传统知识和私有领域的传统知识。未公开的传统知识,是指传统社区内少数成员掌握,在传统社区内仍然处于保密状态的传统知识。<sup>[1]</sup>而已公开的传统知识,则是指以书面或其他方式对外部社会公开,或者虽未对外部社会公开,但在传统社区内部自由流转的传统知识。我们在研究时主要讨论的是已经相对公开的传统知识。

通过对传统知识的知识产权定位,我们已经对知识产权视角下传统知识的内在属性做出了界定,在界定好传统知识的内在属性后,本书需要做的是进一步界定传统知识的范围。我们认为本书的传统知识概念应当采取广义的概念,即传统知识包括技术性的传统知识,非技术性的民间文学艺术和传统性识别性标志。之所以持这种观点,其理由是:首先,虽然目前国际组织和国内的许多学者是从狭义上使用传统知识的,从而将传统知识和民间文学艺术相区别开来,这无疑和构建知识产权保护国际规则的传统有关系。<sup>[2]</sup>但是,从国际知识产权组织对传统知识的保护规则来看,不太可能再继续细分为技术性传统知识和民间文学艺术。因此,对传统知识的知识产权保护需要在更高层次进行思考,作为研究对象的传统知识也应当将技术性传统知识和民间文学艺术包括进去。其次,很多学者认为应当把技术性传统知识和民间文学艺术分别进行保护,我们当然也承认这二者之间确实有不同的特性,但是本书研究的传统知识保护的正当性、可行性以及由此引申出来的保护模式都同样适用于技术性传统知识和民间文学艺术。因此,将这二者一起纳入传统知识的保护领域,既能达到保护的目,也可以节约立法成本。再次,从反面的角度来说,如果把传统知识限制在狭义的范围内,将民间文学艺术单独列出来,那么不管是技术性的传统知识还是非技术性的传统知识,都无法将传统识别性标志纳入其中,这同样不利于传统知识的全方位保护。

[1]崔国斌:《文化及生物多样性保护与知识产权》,北京大学博士论文,2002年,第2页。

[2]丁丽瑛:《传统知识保护的权力设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第31页。

通过对传统知识概念的考察与分析,我们将作为本书研究对象的传统知识做出如下界定:传统知识是指传统部族在其漫长的生产生活过程中,基于传统而产生的有关科学、文化、艺术作品、传统医药、遗传资源、传统标记等所形成的一种知识体系。传统知识从大的方面来分,包括技术性传统知识、民间文学艺术和传统识别性标记。其中,技术性传统知识包括传统农业知识、传统医药知识、传统生态知识和传统生活知识等,传统标记包括传统名称、符号和地理标志等。

## 2. 法律保护视角下传统知识的特性分析

本书对传统知识的研究是在知识产权保护的视角下进行的,因此,有必要从知识产权的角度出发来进一步考察传统知识所显现的特性。知识产权视野下的传统知识具有如下特性。

第一,传统知识的权利主体具有群体性。传统知识与现代知识相比,其主体具有群体性。之所以认为传统知识的权利主体具有群体性,是因为传统知识的形成与发展不是单靠某个社会成员的努力就可以单独完成的,而是由其所在的群体在长期的生产生活实践中共同完成的。传统知识是属于世代连续、共同开发创造的成果,是群体智慧的结晶。因此,传统知识总是与特定的民族或地区相联系,为特定的民族或者地区所共同享有。社会群体是传统知识的传承者,离开了社会群体,传统知识将不会存在。由此我们可以说,传统知识是与传统社区群体的生产生活密切相关的知识,它是社区成员不断自我完善的结果。为此,对于传统知识一般没有任何一个单个的成员能对其主张“创造者的权利”。<sup>[1]</sup>由于传统知识产生年代久远,现已经过了若干代人的传承,因而大多数传统知识的起源者和原创者很难追寻确证,所以当传统知识产权被侵权时,很难确认具体的损害赔偿请求权主体。例如,我国的民间文学《花木兰》被美国迪士尼公司制作成卡通影片并获得数亿美元的收入,但《花木兰》真正的权利主体却无法确定,当然也无法获得相应的收益或者救济。

第二,传统知识的权利状态具有相对公开性。传统知识是特定群体通过世代相传共同开发、共同培养的成形或未成形的知识产品。在整个传统社区范围内,此类传统知识是为这一群体所共同拥有的,因而不会有专门的保密措施。<sup>[2]</sup>

[1]郑成思、唐广良:《遗传资源、传统知识及民间文学艺术国际保护概述》,载《知识产权文丛(第八卷)》,中国方正出版社2002年版,第54-55页。

[2]赵婷:《浅析传统知识的法律保护》,载《金卡工程:经济与法》2009年第6期。

因此,传统知识很容易被误认为缺乏新颖性而得不到现代知识产权法的保护。事实上,我们认为首先要区别公开和公有的关系。公开与公有并不等于每一个群体成员都能够对该群体的传统知识掌握和运用。某些传统知识可能需要专门的智能和技能方可加以运用,比如新疆的维吾尔医药知识、十二木卡姆等传统知识仅仅是在一定范围内由其传承人所掌握,并非当地传统社区的所有成员都掌握。而且,社区的传统知识也不是少数反对传统知识保护的人所理解的“全社会共有的知识”。这里的传统知识只是为该社区享有,对于其他社区而言其仍然具有一定的保密措施。由此可见,我们所谈论的传统知识属于“相对公开”,而不是人人皆知、人人皆会的基本生活常识。正因为传统知识同样体现了传统社区人民的共同成果,这些知识不论是个体创造的还是集体创造的,创造者都为传统知识的产生和发展付出了劳动,因此这些知识理应受到保护。

第三,传统知识的财产价值还远未实现。传统知识来源于传统,是特定群体世代相传的知识,因此大多数传统知识在其来源群体进入工业社会之前就已经存在并且处于不断地发展完善之中,其存在的时间已超出现有知识产权制度保护的时间区间,甚至不少传统知识的历史比现行知识产权制度的历史还长。因此,当时的传统知识并没有相应的知识产权制度予以保护,传统知识的知识产权利益没有得到实现。而且,传统部族在很长时间以来基本上和现代社会隔绝,与现代社会缺乏交流,加之当时的商品经济不发达,传统部族对这些传统知识的产权激励的需求又极为微弱,因此在当时的历史背景下,传统部族的传统知识的财产价值并没有实现。一直到了新世纪,伴随着全球化的发展,知识产权制度不断完善,知识产权制度广泛运用于保护人类智力劳动成果之时,传统知识又因为同现行知识产权制度存在种种冲突,难以得到知识产权制度的保护,这就导致部分发达国家大量运用传统部族的传统知识获取高额利润,而传统部族却无法根据知识产权制度得到任何补偿。因此,传统知识的财产价值也未得到实现。

## (二)传统知识与知识产权制度的关系分析

中国有五千多年的历史与文明,民族众多使得传统知识资源丰富。但是,工业革命后以包括中国在内的许多发展中国家开始大力发展现代科技,从而忽视传统知识的运用。这样所导致的结果是传统知识流失或被大量盗用的现象不断加剧,造成了巨大的损失。在大量传统知识被无偿利用时,人们想到用现

行知识产权制度去保护传统知识。但是传统知识的知识产权保护却由此陷入了困境。因为,传统知识产生年代久远,创造主体广泛,没有固定的形式,与现行的知识产权制度存在一定的冲突。本书则正是在这种背景下,试图通过进一步分析传统知识和知识产权制度的冲突,以及运用知识产权制度保护传统知识的双重作用,从而深度透析传统知识和知识产权制度的关系,为进一步研究传统知识寻求知识产权保护的正当性和可行性做好铺垫。

### 1.传统知识与知识产权制度的冲突

由于传统知识的特殊性,当人们试图用现行知识产权制度去保护被他人无偿利用和任意滥用的传统知识时,往往会陷入困境。因为现代知识产权制度是以“保护创新”为己任,其在保护传统知识方面不可避免地会存在难以克服的障碍。具体表现为:

第一,传统知识的权利主体模糊。传统知识产生于传统社区,其权利主体具有不确定性。传统知识的最初创造者应当是某个特定的自然人,但随着时间的推移和历史的演变,在保留“传统性”的同时,传统知识的演进更多地显现“集体性”。<sup>[1]</sup>因此,个人在传统知识创造和发展过程中的作用逐渐被淹没,对于传统知识而言只能说明的是目前谁持有、使用和传播这一传统知识,但很难说明是谁创造了它。现行的知识产权制度保护的是知识的创造者,而对知识的保有人或者传承人却并不直接提供保护。因此,要将传统知识纳入知识产权的保护范畴首先就必须明确谁是传统知识的权利主体。而传统知识的权利主体模糊性与缺位问题则主要表现在传统知识的权利主体到底是国家、集体还是个人。即使目前占主导地位的观点认为传统知识的权利主体是群体,那么这个群体又应当怎样定义才能符合现行知识产权法关于权利主体的规定呢?即使认为传统知识的权利主体是群体,那么这个群体的边界又应当怎样划分呢?到底是人群为划分标准,还是以地域为划分标准?具体行使权利的主体又应当是谁呢?由此可见,传统知识主体的模糊性正是传统知识寻求知识产权保护遇到的障碍。

第二,传统知识的实质性要件欠缺。一项知识信息要成为知识产权的保护对象,它必须符合授予知识产权的实质性要件。以《专利法》保护的客体来分析传统知识实质性要件的欠缺为例。《专利法》保护的客体是发明、实用新型和外

[1]丁丽瑛:《传统知识保护的客体设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第115页。

外观设计。我国《专利法》规定了发明、实用新型和外观设计必须要满足新颖性、实用性和创造性三个条件。但是传统知识是基于传统,以口头或者模仿的方式世代相传的,在历史上已经存在很久了,因此不符合发明的条件。传统知识只有极少数可能涉及实用新型和外观设计,但实用新型和外观设计又都要求具备新颖性,而传统知识因其具有相对公开性,在传统社区内此类知识一般是共同掌握、共同拥有的,且大多数与群体的生活相伴,没有刻意的和专门的保密制度或措施,因此它又不符合新颖性的要求。传统知识这种实质性要件的欠缺,正构成了传统知识寻求知识产权保护的障碍。

第三,传统知识与知识产权保护期限不一致。任何知识产权制度都存在一定的保护期限,比如著作权、商标权、专利权等知识产权的保护都存在一定年限,但是传统知识却是世代相传,处于不断地发展变化之中,因此我们很难认定传统知识保护的起点和终点。传统知识被世代流传下来,对传统社区乃至现代社会都具有不可估量的价值,在这种情况下对传统知识设定保护期限是非常不合理的。传统知识的无限期保护和知识产权制度的限期保护之间的冲突,是传统知识寻求知识产权保护的又一重大障碍。

## 2. 运用知识产权保护传统知识的双重作用

知识产权制度作为现代社会建立起来的用以刺激发明创造、促进人类社会文明进步的现代法律制度,其对传统知识的保护将有利于传统知识的保存运用及研究开发,有利于土著居民从传统知识的开发运用中获得市场利润,有利于进一步改善土著居民的生存环境,并激发他们更好地传承和不断地丰富完善传统知识。但是,我们也看到运用知识产权制度保护传统知识势必会造成传统知识的垄断,加大普通居民运用传统知识的成本。同时,由于传统知识和知识产权制度本身存在诸多冲突,加大对传统知识的知识产权保护势必会造成对现行知识产权制度的种种挑战。因此,传统知识的知识产权保护存在双重作用,笔者将在下文对其双重作用做进一步分析。

### (1) 运用知识产权保护传统知识的积极作用

传统知识作为解决土著社区粮食安全、医疗健康、民族进步和发展的重要优势资源,其在当前以及今后我国的社会发展中具有不容忽视的价值:首先,传统知识是现代知识的一部分,是现代知识不断创新的源泉。保护传统知识有助于保持生物多样性和文化多样性,从而以文化传承促进社会的可持续发展。而要保证传统知识源源不断地为现代创新提供资源,就必须保证它们的原态传

承,而不是为现代文明所同化。<sup>[1]</sup>其次,传统知识在解决当地居民健康方面具有重要价值。中国的传统中医药知识在世界医药技术上具有可与西药相媲美的地位,其科学价值是毋庸置疑的。<sup>[2]</sup>同时我们的传统医药也是当地土著居民主要的甚至是唯一的医药资源,因此,其在解决当地居民健康方面具有其他医药无法替代的价值。最后,传统知识具有产业经济价值,是支持地方特色经济的传统文化产业的重要来源。<sup>[3]</sup>传统知识有助于地方特色经济的形成,比如我们可以充分利用传统社区丰富的传统知识优势,寻找传统知识与当地经济发展的契合点,让传统知识成为经济发展的支撑点。

进入 21 世纪,知识产权在世界经济社会发展中的地位和作用日益显现,发达国家正是凭借运用知识产权制度优势对特定知识或基于特定知识而开发的产品申请知识产权保护,然后进行商业开发,进而在市场竞争中谋求经济甚至外交利益。在这一进程中,为知识产权提供原创动力和创新源泉的传统知识却由于其产生年代久远、创造主体广泛、没有固定的形式,而难以受到现行知识产权法的保护。因此,有些发达国家利用这一点,大肆地使用发展中国家的传统知识。他们通过利用传统知识制成新的受现代知识产权法保护的现代产品和技术,从中获取大量的利润,而传统知识来源地——发展中国家则不能从中获取利益,甚至对这些知识的使用也受到限制,这给发展中国家或土著社区造成了巨大的损失。例如,1998 年美国一部名为《花木兰》的动画片上映,美国从中赚取了超过近 20 亿美元的票房收入,而“花木兰替父从军”的故事在我国妇孺皆知,但我们的花木兰却沉睡在母亲摇篮的睡梦里。<sup>[4]</sup>传统知识被侵权的现象给我们敲响了警钟,我国有五千年悠久历史,传统知识相当丰富,但目前我国却没有有效的法律来充分保护自己的传统知识,从而造成传统知识产权被大量侵害。长此下去,不仅给我国带来巨大的经济损失,传统知识保护不力也将使发展中国家失去保护、发展传统知识的动力,发达国家也会因缺少可供研究的资

---

[1]丁丽瑛:《传统知识保护的权利要求设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社 2009 年版,第 210 页。

[2]严永和:《论传统知识的知识产权保护》,法律出版社 2006 年版,第 244 页。

[3]丁丽瑛:《传统知识保护的权利要求设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社 2009 年版,第 211 页。

[4]张海志:《为传统文化筑起知识产权长城》, [http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2007/200804/t20080401\\_360947.html](http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2007/200804/t20080401_360947.html)



源而失去再发展的空间,最终将阻碍人类文明的进步。

因此,运用知识产权制度加大对传统知识的保护,将传统知识进行商业化开发,不仅让当事人获益,还可以为当地的社区建设与传统知识的进一步保护、开发、运用提供强有力的资金和技术支持。传统知识是解决土著社区粮食安全、医疗健康、民族进步和发展的重要优势资源,传承保存这一优势资源是国家应尽的职责。同时,保护传统知识的知识产权也是完善知识产权制度、扩大知识产权优势的有效手段。正如知识产权权威专家郑成思所言:“要改变我们在知识产权方面的弱势地位,有两条路可走,一是力争在国际上降低知识产权保护水平,二是将在中国有优势而国际上还不保护的有关客体纳入国际知识产权保护的范围”。<sup>[1]</sup>很明显,走第一条路是不可能的,那么唯一的选择就是把我国具有优势的传统知识纳入知识产权保护的范围,这样才能扩大我国的知识产权优势,增强和发达国家知识产权领域相抗衡的能力。

#### (2)运用知识产权保护传统知识的消极作用

众所周知,任何制度都有可能是一把双刃剑,知识产权制度也不例外。一方面,它可以促进传统知识的应用、创新和开发,为土著居民带来丰厚的市场利润,有利于土著社区的建设。另一方面,运用知识产权制度加强对传统知识的保护也会在一定期限内造成权利的垄断,可能会给社会上的其他人带来高昂的利用成本。

在许多国家,特别是在发展中国家,传统医药提供了贫困人口唯一有能力消费的治疗方法。但是,如果加强对传统医药的知识产权保护,势必会造成药品价格的居高不下,从而加重了患者治疗和公众保健的负担。因此,对传统知识的知识产权保护需要付出相应的社会代价。

清华大学崔国斌副教授从法律制度的科学设计层面表达了对传统知识进行知识产权保护担忧。他认为,传统知识与其他知识仅仅是在知识创造持有人身份上具有一定的区别。我们每天都在使用别人的知识,但不一定都要支付费用,如果对传统知识进行无限期保护,那么对新创造的知识是否也要无限期的保护呢?对于传统知识,如果采用无限期的保护,必然遇到问题:为什么永远排除了后来者独立发明进而采用相关技术的机会呢?这种无期限的保护与现

---

[1]丁丽瑛:《传统知识保护的权利要求设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第206页。